



UOHSX00FNHJE

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0193/2021/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-01166/2022/161

Brno 31. 1. 2022

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 8. 12. 2021 (doručeném téhož dne Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže) podaném obviněným -

- **město Javorník**, IČO 00302708, se sídlem nám. Svobody 134, 790 70 Javorník,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0419/2021/VZ č. j. ÚOHS-39490/2021/500/Alv ze dne 23. 11. 2021, ve věci možného spáchání přestupku při zadávání veřejné zakázky „**Stavební úpravy objektu Puškinova č. p. 7 v Javorníku – vznik multifunkčního domu**“ zadávané v užším řízení, jehož oznámení o zahájení bylo odesláno k uveřejnění dne 15. 3. 2018 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 16. 3. 2018 pod ev. č. zakázky Z2018-008303, ve znění pozdějších změn; a jehož oznámení o výsledku bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 29. 8. 2018, ve znění pozdějších změn,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 90 odst. 5 téhož zákona, na základě návrhu rozkladové komise jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0419/2021/VZ č. j. ÚOHS-39490/2021/500/Alv ze dne 23. 11. 2021

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“¹) k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem, zahájil dne 1. 10. 2021 správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona obviněným – město Javorník, IČO 00302708, se sídlem nám. Svobody 134, 790 70 Javorník, (dále jen „**obviněný**“ či „**zadavatel**“) v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky „Stavební úpravy objektu Puškinova č. p. 7 v Javorníku – vznik multifunkčního domu“ zadávané v užším řízení, jehož oznámení o zahájení bylo odesláno k uveřejnění dne 15. 3. 2018 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 16. 3. 2018 pod ev. č. zakázky Z2018-008303, ve znění pozdějších změn; a jehož oznámení o výsledku bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 29. 8. 2018, ve znění pozdějších změn, (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Předmětem veřejné zakázky jsou podle bodu 2 zadávací dokumentace ze dne 15. 3. 2018 (dále jen „**zadávací dokumentace**“) stavební úpravy objektu Puškinova č. p. 7 v městě Javorníku. Bližší technický a technologický popis jednotlivých součástí předmětu veřejné zakázky včetně projektové dokumentace a výkazu výměr tvoří přílohu zadávací dokumentace.
3. V bodě 4.4 Kvalifikační dokumentace, jež je součástí zadávací dokumentace (dále jen „**kvalifikační dokumentace**“), obviněný stanovil požadavky na prokázání technické kvalifikace dodavatelem.
4. Z protokolu o otevírání, posouzení a hodnocení nabídek ze dne 25. 5. 2018 vyplývá, že obviněný v předmětném zadávacím řízení obdržel dvě nabídky, jejichž hodnocení provedl před jejich posouzením, přičemž posouzena byla následně pouze vítězná nabídka. Jak z citovaného protokolu dále vyplývá, vítězná nabídka dle závěru obviněného „*splňuje veškeré požadavky zadavatele uvedené v zadávacích podmínkách*“.
5. Z dokumentu s názvem „Rozhodnutí o výběru dodavatele“ ze dne 29. 5. 2018 vyplývá, že ekonomicky nejvýhodnější nabídku dle výsledku hodnocení nabídek na základě

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 58 zákona v návaznosti na ustanovení § 273 zákona.

stanoveného hodnotícího kritéria předložil účastník s pořadovým číslem nabídky 2, dodavatel „Společnost Puškinova Javorník HSS + FH“, jejímiž společníky sdruženými na základě „Společenské smlouvy“ ze dne 16. 4. 2018 jsou obchodní společnosti Hrušecká stavební spol. s r.o., IČO 25585142, se sídlem U zbrojnice 588, 691 56 Hrušky (dále jen „**Hrušecká stavební spol. s r.o.**“) a FICHNA – HUDECZEK a.s., IČO 27765857, se sídlem Opavská 535/17, 747 18 Píšť, který „zároveň splnil všechny požadavky zadavatele stanovené v zadávací dokumentaci“ (dále jen „**vybraný dodavatel**“).

6. Dne 27. 6. 2018 uzavřel obviněný s vybraným dodavatelem Smlouvu o dílo č. 180310 (dále jen „**smlouva o dílo**“).
7. Úřad obdržel dne 8. 3. 2021 podnět z téhož dne týkající se postupu obviněného při zadávání veřejné zakázky (dále jen „**podnět**“). Na základě doručeného podnětu si Úřad vyžádal od obviněného písemné vyjádření k podanému podnětu a dokumentaci o zadávacím řízení.
8. Vzhledem k tomu, že Úřad považoval skutková zjištění z předložených materiálů za dostatečná a považoval za prokázané, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona, zahájil postupem podle § 90 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „**zákon o přestupcích**“) a podle § 150 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád (dále jen „**správní řád**“) řízení o přestupcích z moci úřední vydáním příkazu č. j. ÚOHS-32931/2021/500/Alv ze dne 30. 9. 2021 (dále jen „**příkaz**“).
9. Příkaz, kterým Úřad rozhodl o tom, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona (výrok I. příkazu), a současně byla obviněnému za spáchání tohoto přestupku uložena pokuta ve výši 140 000 Kč (výrok II. příkazu), byl obviněnému doručen dne 1. 10. 2021. Tímto dnem bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 46 odst. 1 správního řádu a § 90 odst. 1 zákona o přestupcích ve spojení s § 150 odst. 1 správního řádu zahájeno řízení o přestupku z moci úřední. Proti uvedenému příkazu podal obviněný dne 7. 10. 2021 odpor ze dne 6. 10. 2021 (dále jen „**odpor**“).
10. Účastníkem řízení o přestupku je podle § 256 zákona obviněný.

II. Napadené rozhodnutí

11. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0419/2021/VZ č. j. ÚOHS-39490/2021/500/Alv ze dne 23. 11. 2021 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), v jehož výroku I. konstatoval, že se **obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky nedodržel pravidlo stanovené v § 58 odst. 3 zákona, když nevyloučil vybraného dodavatele z účasti v zadávacím řízení, ačkoliv vybraný dodavatel neprokázal splnění kritéria technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. a) zákona**, které obviněný vymezil v zadávací dokumentaci v bodě 4.4 písm. a) kvalifikační dokumentace a v rámci něhož požadoval předložení seznamu stavebních prací poskytnutých za posledních 5 let před zahájením zadávacího řízení včetně osvědčení objednatele o řádném poskytnutí a dokončení nejvýznamnějších z těchto prací obsahujícího stavební práce obdobného charakteru, jako je předmět plnění veřejné zakázky, o parametrech vymezených v odst. 1 až 7 bodu 4.4 písm. a) kvalifikační dokumentace, **když vybraný dodavatel prokazoval splnění technické kvalifikace dle bodu 4.4. písm. a) kvalifikační dokumentace mj. prostřednictvím společnosti T o c h á č e k spol. s r.o., IČO 44961367, se sídlem Slovinská 2958/36, Královo Pole, 612 00 Brno (dále jen „**Tocháček spol. s r.o.**“),**

příčemž ale nepředložil písemný závazek společnosti Tocháček spol. s r.o., který by naplnil požadavky § 83 odst. 1 písm. d) zákona a § 83 odst. 2 zákona, tedy závazek, z jehož obsahu by vyplývalo, které konkrétní stavební práce či služby, ke kterým se prokazované kritérium technické kvalifikace vztahuje, bude citovaná společnost Tocháček spol. s r.o. vykonávat, přičemž tímto ovlivnil výběr dodavatele, a zadal veřejnou zakázku, když na její předmět plnění uzavřel dne 27. 6. 2018 s vybraným dodavatelem smlouvu o dílo.

12. Za výše uvedený přestupek byla obviněnému výrokem II. napadeného rozhodnutí uložena pokuta ve výši 140 000 Kč.
13. Výrokem III. napadeného rozhodnutí potom Úřad obviněnému v souladu s platnými předpisy uložil uhradit paušální náklady řízení ve výši 1 000 Kč.
14. Úřad ve výroku I. napadeného rozhodnutí poukázal na to, že zadavatel v bodě 4.4 kvalifikační dokumentace stanovil požadavky na prokázání technické kvalifikace dodavatelem, mj. stanovil požadavky na referenční zakázky, včetně způsobu jejich prokázání. Součástí „Žádosti o účast a prokázání splnění kvalifikace“, kterou v předmětném zadávacím řízení podal vybraný dodavatel (dále jen „**žádost o účast**“), je v části týkající se prokázání požadavků technické kvalifikace mj. seznam referenčních staveb, včetně seznamu referenčních staveb poddodavatele Tocháček spol. s r.o., a „SMLOUVA o spolupráci při prokazování splnění kvalifikace a SMLOUVA o uzavření budoucí smlouvy o dílo“ uzavřená dne 13. 4. 2018 mezi dodavatelem Hrušecká stavební spol. s r.o. a poddodavatelem Tocháček spol. s r.o. („**smlouva o spolupráci**“).
15. Z obsahu dokumentace o zadávacím řízení Úřad uzavřel, že vybraný dodavatel zadavateli ve vztahu k prokázání splnění kritéria technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. a) zákona předložil seznam stavebních prací realizovaných mj. poddodavatelem v posledních 5 letech, včetně osvědčení objednatele o řádném poskytnutí a dokončení příslušné referenční stavby. Současně vybraný dodavatel zadavateli v této souvislosti předložil smlouvu o spolupráci s poddodavatelem Tocháček spol. s r.o. Ve smlouvě o spolupráci je stanoveno, že se citovaný poddodavatel zavazuje poskytnout vybranému dodavateli plnění určené k plnění veřejné zakázky a poskytnout věci či práva, s nimiž bude vybraný dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění předmětné veřejné zakázky a společně s vybraným dodavatelem zodpovídá společně a nerozdílně za plnění předmětné veřejné zakázky v rozsahu, v jakém poddodavatel prokázal splnění kvalifikace. Smlouva o spolupráci dále stanoví, že se poddodavatel zavazuje, že v případě zadání předmětné veřejné zakázky vybranému dodavateli „*bude akceptovat závazek podílet se na plnění této veřejné zakázky realizací části stavebních prací v rozsahu, v jakém prokazoval kvalifikaci a poskytne dodavateli řádnou součinnost pro realizaci zakázky*“.
16. Úřad poukázal na to, že prokazuje-li dodavatel prostřednictvím jiné osoby kvalifikaci a předkládá doklady podle § 79 odst. 2 písm. a), b) nebo d) zákona vztahující se k takové osobě, (jako je tomu v předmětném případě), musí dokument podle odstavce 1 písm. d) ustanovení § 83 zákona obsahovat závazek, že jiná osoba bude vykonávat stavební práce či služby, ke kterým se prokazované kritérium kvalifikace vztahuje; právní domněnka splnění § 83 odst. 1 písm. d) zákona v návaznosti na společnou a nerozdílnou odpovědnost účastníka zadávacího řízení a jiné osoby, se v těchto případech neuplatní.
17. Úřad současně poukázal na dosavadní rozhodovací praxi Úřadu a jeho předsedy, jakož i judikaturu správních soudů, podle níž musí být závazek poddodavatele dostatečně

konkretizován, aby na jeho základě mohl zadavatel posoudit rozsah skutečné participace poddodavatele na veřejné zakázce; takovým požadavkům obecná formulace o rozsahu závazku „v jakém poddodavatel prokázal splnění kvalifikace“ nemůže vyhovět.

III. Námitky rozkladu

18. Napadené rozhodnutí v plném rozsahu napadl zadavatel rozkladem ze dne 8. 12. 2021 doručeným Úřadu téhož dne. Napadené rozhodnutí zadavatel obdržel dne 23. 11. 2021, rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
19. Zadavatel v rozkladu namítá, že přešůpek nebyl spáchán, neboť poddodavatelem byla prokazována kvalifikace týkající se „obecných“ stavebních prací a nikoli specifického plnění; má za to, že závazek poddodavatele svou konkrétností odpovídá tomu, co bylo jeho prostřednictvím prokazováno, tedy že ze závazku je jasné, že poddodavatel se měl částečně podílet na realizaci stavebních prací na rekonstrukci budovy jako celku, protože i reference, která byla jeho prostřednictvím prokazována, se vztahovala k rekonstrukci budov jako celku.
20. Pro případ, že by i přesto Úřad trval na spáchání přešůpku, zadavatel žádá o snížení uložené pokuty. Poukazuje na to, že mu bylo uloženo částečné vrácení dotace, že se jednalo o drobné pochybení bez úmyslu obcházet zákon, které nemohlo mít reálný dopad na výběr dodavatele. Dále se zadavatel odvolává na údajně nesprávné posouzení hospodářské situace zadavatele Úřadem, jakož i na to, že jiným zadavatelům byly za závažnější pochybení (byť s nižší předpokládanou hodnotou) uloženy pokuty nižší.
21. Dále zadavatel poukazuje na to, že se Úřad nevypořádal s tím, že podnik, na jehož základě řízení o přešůpku vedl, poukazyval na údajné porušení § 48 odst. 2 písm. c) zákona, zatímco Úřad dospěl k závěru o porušení § 58 odst. 3 zákona.
22. Zadavatel rovněž argumentuje zákazem dvojího trestání s tím, že již byl „potrestán“ výzvou k vrácení dotačních prostředků.

Závěr rozkladu

23. Zadavatel žádá, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

IV. Řízení o rozkladu

24. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis společně se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

25. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 98 odst. 1 zákona o přešůpcích přeškoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k závěru uvedenému ve výrokové části tohoto rozhodnutí, který v podrobnostech odůvodňuji níže.

V. K námitkám rozkladu

26. Úvodem podotýkám, že rozkladové námitky zadavatele jsou v zásadě obdobné jeho námitkám uplatněným již po podání odporu proti příkazu (viz body 17 až 20 napadeného rozhodnutí), nepřinášejí tak nové skutečnosti, které by nebyly dostatečně vypořádány již v samotném příkazu, resp. především pak v napadeném rozhodnutí, které na příkaz navázalo, a s ním nesouhlasné argumenty zadavatele podrobně pojednalo.

K Úřadem konstatovanému pochybení zadavatele

27. Pro úplnost uvádím, že ačkoli se jedná o podlimitní veřejnou zakázku, tato byla zadávána v užším řízení, tedy režimu nadlimitním, a uplatní se tak na ni zákonná ustanovení upravující nadlimitní režim, včetně požadavků na prokazování kvalifikace a postupu zadavatele v případě jejich nesplnění (viz i bod 44 napadeného rozhodnutí).
28. Podstatou napadeného rozhodnutí je posouzení otázky, zda je závazek poddodavatele Tocháček spol. s r.o. (smlouva o spolupráci coby subdodavatelská smlouva) dostatečně konkrétní tak, aby naplnil požadavky zákona na prokázání kvalifikace, k čemuž Úřad usoudil, že nikoli. S tímto posouzením ze strany Úřadu musím souhlasit.
29. Poukazuji v této souvislosti na obecný závěr, že subdodavatelská smlouva podle § 83 odst. 1 písm. d) zákona musí především naplnit dva účely, a sice musí jednak právně zavázat subdodavatele vůči dodavateli k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky nebo k poskytnutí věcí nebo práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém jiná osoba prokázala kvalifikaci za dodavatele. Participace subdodavatele totiž nesmí být toliko formální, ale musí být skutečná; jednak také musí být subdodavatelská smlouva způsobilá jednoznačně prokázat existenci takového závazku, aby mohl zadavatel snadno a s přehledem vyhodnotit, zda takový závazek existuje, a zda tedy ve výsledku bude zakázku plnit kvalifikovaná osoba či nikoliv. Lze hovořit například o důkazní funkci subdodavatelské smlouvy, k čemuž je třeba, aby taková smlouva výslovně popisovala plnění, které má být poskytnuto, a poskytovala spolehlivé informace o tom, v jakých ohledech, v jakých částech plnění veřejné zakázky, jakým konkrétním způsobem a do jaké míry bude dodavatel reálně disponovat faktickou participací svého subdodavatele. Vedle toho z ní musí rovněž vyplynout, jaká část kvalifikačních předpokladů bude za dodavatele prokázána.
30. Lze proto shrnout, že subdodavatelská smlouva musí vždy obstát před požadavky soukromého práva kladenými na právní jednání, dále musí dostatečně konkrétně specifikovat poskytované plnění, jakož i stanovit rozsah tohoto plnění, a nakonec z ní musí vyplynout, jakou část kvalifikace prokazuje subdodavatel. To vše musí být dostatečně konkrétní, aby bylo možno přesně určit povahu a rozsah poskytovaného plnění, jakož i posoudit otázku, zda je plnění poskytováno alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace. Toto je podmínkou, aby subdodavatelská smlouva obstála před požadavky § 83 odst. 1 zákona, a zároveň předpokladem, že zadavatel bude schopen posoudit, zda před tímto ustanovením smlouva obстоjí.
31. Úřad se požadavkem zadavatele na prokázání splnění kritéria technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. a) zákona předložením seznamu stavebních prací realizovaných poddodavatelem Tocháček spol. s r.o. a rovněž smlouvou o spolupráci obsahující závazek poddodavatele

Tocháček spol. s r.o. podílet se na realizaci stavebních prací v rozsahu odpovídajícím jeho podílu na prokazování kvalifikace zabýval v bodech 45 až 51 napadeného rozhodnutí jak konkrétně ve vztahu k daným subjektům, tak obecně obsahově vycházejí z § 83 odst. 1 písm. d) zákona a § 83 odst. 2 zákona. Závěry Úřadu v těchto bodech uvedené jsou přehledné, srozumitelné a jednoznačné. K tomu dodávám, že posouzení předmětné otázky Úřadem je souladné s již ustálenou rozhodovací praxí Úřadu i judikaturou správních soudů (viz body 52 až 57 napadeného rozhodnutí). Závazek poddodavatele Tocháček spol. s r.o. je v šetřeném případě skutečně velmi obecný a nedostatečně konkrétní, neplyne z něj, jaké konkrétní činnosti má poddodavatel v rámci plnění veřejné zakázky provést.

32. K mému souhlasnému stanovisku s postupem Úřadu ve výše zmíněných bodech napadeného rozhodnutí pro přehlednost shledávám vhodným výslovně zrekapitulovat vybrané pasáže z kvalifikačních požadavků zadavatele, z žádosti o účast vybraného dodavatele uvádějící seznam stavebních prací realizovaných poddodavatelem Tocháček spol. s r.o. a rovněž ze smlouvy o spolupráci.
33. V úvodní části kvalifikační dokumentace zadavatel stanovil, že *„[p]oddodavatelé, pomocí kterých zájemce o zakázku bude prokazovat kvalifikační předpoklady, se musí podílet na realizaci zakázky v objemu odpovídajícím dokládané kvalifikaci.*
34. V bodě 4.4 kvalifikační dokumentace, konkrétně v odst. 1 až 7 bodu 4.4 písm. a) citované kvalifikační dokumentace, obviněný stanovil v rámci kritérií technické kvalifikace požadavky na referenční zakázky, včetně způsobu jejich prokázání. Konkrétně obviněný v citovaném ustanovení vymezil parametry stavebních prací obdobného charakteru, jako je předmět plnění šetřené veřejné zakázky poskytnutých dodavatelem či uchazečem o uvedenou veřejnou zakázku za posledních 5 let před zahájením předmětného zadávacího řízení, jejichž seznam, včetně osvědčení o řádném poskytnutí a dokončení nejvýznamnějších z nich, k prokázání technické kvalifikace požaduje.
35. V odst. 1 bodu 4.4 písm. a) kvalifikační dokumentace zadavatel mimo jiné stanovil, že z celkového počtu 4 definovaných referenčních zakázek musí být minimálně 3 referenční stavební zakázky, jejichž předmětem plnění byla rekonstrukce nemovité kulturní památky.
36. V žádosti o účast vybraného dodavatele je předložen seznam referenčních staveb poddodavatele Tocháček spol. s r.o., z nichž pod odst. 1 bod 4.4 písm. a) kvalifikační dokumentace spadají 2 referenční stavební zakázky, jejichž předmětem plnění byla rekonstrukce nemovité kulturní památky („Špilberk – Jižní křídlo – Regenerace a rozšíření služeb NKP Špilberk“ a „Obnova vily Löw-Beerů“). Třetí referenční stavební zakázka, jejímž předmětem plnění byla rekonstrukce nemovité kulturní památky podle odst. 1 bod 4.4 písm. a) kvalifikační dokumentace, je pak obsažena v seznamu referenčních staveb vybraného dodavatele, resp. společnosti „FICHNA – HUDECZEK a.s. („Obnova a zpřístupnění katedrály Božského spasitele v Ostravě“).
37. Podle bodu 3. smlouvy o spolupráci:
*„Účelem uzavření této smlouvy je prokázání části kvalifikace do nabídky – technické kvalifikační předpoklady – referenční zakázky srovnatelného charakteru dle požadavků zadavatele stanovených v zadávací dokumentaci.
Poddodavatel se zavazuje poskytnout dodavateli plnění určené k plnění veřejné zakázky a poskytnout věci či práva, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné*

zakázky a společně s dodavatelem zodpovídá společně a nerozdílně za plnění veřejné zakázky v rozsahu, v jakém poddodavatel prokázal splnění kvalifikace.“

38. Podle bodu 4. smlouvy o spolupráci: *„Poddodavatel prokazující kvalifikaci se zavazuje, že v případě zadání veřejné zakázky s názvem „Stavební úpravy objektu Puškinova č.p. 7 v Javorníku – vznik multifunkčního domu“ dodavateli, bude akceptovat závazek podílet se na plnění této veřejné zakázky realizací části stavebních prací v rozsahu, v jakém prokazoval kvalifikaci a poskytne dodavateli řádnou součinnost pro realizaci zakázky.“*
39. Ze shora uvedeného je tak zřejmé, že zadavatel požadoval vedle zkušenosti s rekonstrukcí stavby i specifickou zkušenost týkající se rekonstrukce nemovité kulturní památky. Tato zkušenost pro něj byla zjevně důležitá, neboť ji požadoval u tří z celkových 4 referenčních zakázek na rekonstrukce staveb občanské vybavenosti. Tuto specifickou zkušenost pak nelze jednoduše kvantifikovat procentním podílem na realizaci veřejné zakázky, ale je nutno ji postihnout obsahovou náplní. Ze seznamu poddodavatelů ze dne 17. 4. 2018, jenž je součástí žádosti o účast vybraného dodavatele a jenž obsahuje výčet poddodavatelů vybraného dodavatele a vyjádření jejich podílu na plnění veřejné zakázky (dále jen **„seznam poddodavatelů“**), mj. vyplývá, že se poddodavatel Tocháček spol. s r.o. na plnění předmětné veřejné zakázky vybraným dodavatelem bude podílet jako poddodavatel v rozsahu „[r]ealizace části stavebních prací“, přičemž podíl uvedeného poddodavatele na plnění veřejné zakázky je ve výši 10 %, aniž by byl jakkoliv specifikován charakter plnění uvedeného subdodavatele.
40. Z výše popsané rekapitulace předmětných dokumentů je tedy patrná nejasnost v zapojení poddodavatele Tocháček spol. s r.o. na realizaci veřejné zakázky. Písemný závazek poddodavatele Tocháček spol. s r.o. ve smlouvě o spolupráci (viz body 37 a 38 tohoto rozhodnutí) je totiž pouze obecný a nemůže tak dostát požadavkům § 83 odst. 1 písm. d) zákona a § 83 odst. 2 zákona, když se zde pouze uvádí, že poddodavatel společně s dodavatelem zodpovídá společně a nerozdílně za plnění veřejné zakázky v rozsahu, v jakém poddodavatel prokázal splnění kvalifikace. Takové vymezení ovšem neobstojí, neboť není dostatečně konkrétní, aby bylo možno přesně určit povahu a rozsah poskytovaného plnění, jakož i posoudit otázku, zda je plnění poskytováno alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace. Světlo do této nejasnosti nevnáší ani seznam poddodavatelů, v němž je podíl poddodavatele Tocháček spol. s r.o. na plnění veřejné zakázky kvantifikován toliko ve výši 10 % z celku, aniž by tento podíl jakkoliv odrážel skutečnost, že prostřednictvím Tocháček spol. s r. o. byla prokazována zkušenost s rekonstrukcí nemovité kulturní památky. Ačkoliv samotná kvantifikace podílu subdodavatele na plnění veřejné zakázky není tolik podstatná s ohledem na skutečnost, že bylo nutno zejména specifikovat tento podíl obsahově, je i samotná velikost podílu (10 %) v nepoměru se skutečností, že prostřednictvím Tocháček spol. s r.o. byly prokazovány fakticky 2 referenční zakázky ze 4 uvedených pod odst. 1 bod 4.4 písm. a) kvalifikační dokumentace.
41. V předchozích bodech popsané tak vyvrací námitku zadavatele, že poddodavatelem byla prokazována kvalifikace týkající se „obecných“ stavebních prací a nikoli specifického plnění, když právě za ono specifikum lze považovat reference v podobě rekonstrukce nemovité kulturní památky. Nadto musím zopakovat, že obecná smlouva o spolupráci vůbec neodpovídá na ni kladeným obsahovým požadavkům, tedy aby taková smlouva výslovně popisovala plnění, které má být poskytnuto, a poskytovala spolehlivé informace o tom, v jakých ohledech,

v jakých částech plnění veřejné zakázky, jakým konkrétním způsobem a do jaké míry bude dodavatel reálně disponovat faktickou participací svého poddodavatele. Takový požadavek na subdodavatelskou smlouvu by platil, i kdyby zde poddodavatel nepředkládal reference týkající rekonstrukcí nemovité kulturní památky, a tedy platí tím spíše, když se jedná o takto specifické plnění.

42. Lze tedy přisvědčit závěrům Úřadu, že uvedený závazek poddodavatele nevyhověl požadavkům § 83 odst. 1 písm. d) a odst. 2 zákona, a zadavatel byl povinen dotyčného účastníka zadávacího řízení z účasti v něm vyloučit podle § 58 odst. 3 zákona, jak je i popsáno v bodech 59 až 65 a 67 napadeného rozhodnutí.
43. K vlivu na výběr dodavatele pojednanému Úřadem v bodech 66 a 67 napadeného rozhodnutí pak zdůrazňuji, že je třeba vzít v potaz, že řešené reference poddodavatele Tocháček spol. s r.o. byly v posuzovaném případě pro posouzení splnění kvalifikace vybraného dodavatele stěžejní. Bez předmětných referencí v podobě 2 referenčních stavebních zakázek (z požadovaných 3), jejichž předmětem plnění byla rekonstrukce nemovité kulturní památky, by totiž vybraný dodavatel zadavatelem požadovanou technickou kvalifikaci v této části neprokázal. Předmětnou kvalifikaci by tak bez poddodavatele Tocháček spol. s r.o. neprokázal v plném rozsahu a nemohl by být ani vyzván k předložení nabídky, tím spíše by nemohl být ani vybrán k plnění veřejné zakázky a nemohla by s ním být uzavřena ani smlouva. Předmětné pochybení zadavatele tak nelze označit za drobné pochybení, které nemohlo mít reálný dopad na výběr dodavatele, jak tvrdí zadavatel v námitkách rozkladu.

K uložení pokuty

44. Pro případ, že by i přesto Úřad trval na spáchání přestupku, zadavatel žádá o snížení uložené pokuty. Argumentuje zde námitkou, že se dle něj jednalo o drobné pochybení, které nemohlo mít reálný dopad na výběr dodavatele, což však vyvrátil Úřad v bodě 85 napadeného rozhodnutí. Rovněž v bodě 43 tohoto rozhodnutí jsem poukázal na to, že vliv na výběr dodavatele postupem zadavatele spočívajícím v nevyločení vybraného dodavatele ze zadávacího řízení, ač tak zadavatel učinit měl, byl rozhodně dán a tomu odpovídá i závažnost předmětného přestupku, která rozhodně není zanedbatelná.
45. Další argument zadavatele pro snížení pokuty odvolávající se na to, že jiným zadavatelům byly za dle jeho mínění závažnější pochybení uloženy pokuty nižší, je rovněž vypořádán již v napadeném rozhodnutí v jeho bodě 80. Úřad zde dostatečně osvětlil, že obecně není možné bez zohlednění všech okolností případů činit takové paralely či srovnávání. Úřad rovněž zcela konkrétně vyčíslil, že se v zadavatelem uváděných případech jednalo o veřejné zakázky s výrazně nižší celkovou cenou, než je nyní šetřená veřejná zakázka, i maximální možná výše pokuty v absolutních číslech proto v těchto případech byla výrazně nižší. Na druhou stranu Úřad procentuálně vyčíslil, že konkrétní uložená pokuta v zadavatelem zmíněných případech byla procentuálně vždy vyšší než v přezkoumávaném případě. Nadto zdůrazňuji, že porovnávání výší pokut ukládaných v případech skutkově zcela odlišných, jak činí zadavatel v rozkladu, je z povahy věci vždy zavádějící.
46. K řečenému obecně dodávám, že nezpochybňuji, že Úřad musí dodržovat základní zásady činnosti správních orgánů, a to zejména těch, na něž pamatuje § 2 odst. 4 správního řádu, podle něž je nutné při rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů zajistit, aby mezi nimi nevznikaly nedůvodné rozdíly. Nicméně v rámci správního uvážení je Úřad zároveň

povinen stanovit pokutu při zohlednění závažnosti přestupku, zejména způsobu jeho spáchání a jeho následků a v neposlední řadě okolností, za nichž byl spáchán. Je přitom nasnadě, že způsob spáchání, následky a tím spíše okolnosti budou zcela individuální každému jednotlivému případu porušení. Má-li tedy Úřad uvedené zohlednit, pak lze logicky očekávat, že nebude možné ukládat pokuty vždy ve stejné výši u stejně „hodnotných“ veřejných zakázek. Mohu tedy uzavřít, že v každém šetřeném případě se jedná o přestupek svým charakterem jedinečný, spáchaný za rozdílných okolností a s rozdílnými následky pro zadavatele i dodavatele, pročež je Úřad vždy povinen posoudit každý šetřený případ individuálně a s přihlédnutím k závažnosti přestupku určit konkrétní výši pokuty pro každý jednotlivý případ odděleně. Uvedené se v daném případě stalo, proto i tento okruh rozkladových námitek zadavatele mohu pro jejich nedůvodnost odmítnout.

47. Pro úplnost mohu odkázat i na závěr rozsudku Nejvyššího správního soudu, sp. zn. 7 As 15/2013 ze dne 11. 7. 2013 deklarující, že výše pokuty je do značné míry správním uvážením Úřadu: „Nelze po správních orgánech očekávat přesné zdůvodnění, proč byla uložena pokuta zrovna ve výši 200 000 Kč a nikoliv například ve výši 210 000 Kč. Podstatou správní uvážení je, že s ohledem na pestrost možných situací není možné nastavit žádný univerzální vzorec pro výpočet konkrétní výše pokuty. Pokud by tomu tak bylo, zahrnul by jej bezesporu zákonodárce přímo do zákona. Z hlediska soudního přezkumu je rozhodné, že výše pokuty byla uložena v zákonném rozmezí a řádně zdůvodněna, bylo přihlédnuto ke všem zákonným hlediskům a úvahy žalované se pohybují v mezích správního uvážení.“ V návaznosti na výše uvedené mohu konstatovat, že Úřad uložil pokutu ve výši 140 000 Kč v zákonném rozmezí, když maximální výše pokuty mohla být až 5 923 908,50 Kč, výši pokuty rovněž řádně zdůvodnil a přihlédl ke všem zákonným hlediskům, čímž dostatečně naplnil v tomto bodě citované požadavky Nejvyššího správního soudu pro uložení peněžité sankce za přestupek.
48. Co se týče údajně nesprávného posouzení hospodářské situace zadavatele (když Úřad zohlednil jeho plánované rozpočtové příjmy a nezohlednil, že je zadavatel malým městem, jehož rozpočet je z velké části vynakládán na mandatorní výdaje a pouze menší část příjmů může být využívána na investiční náklady, a tedy pokuta 140 000 Kč představuje poměrně citelný zásah do jeho rozpočtu), tak uvádím, že Úřad v bodě 88 napadeného rozhodnutí posoudil ekonomickou situaci zadavatele standardně. Souhlasím s Úřadem, že výši pokuty nelze považovat za excesivní, a to ani po zohlednění námitky zadavatele týkající se struktury rozpočtových příjmů. Pokuta nesmí být pro obviněného likvidační, což pokuta při samé dolní hranici zákonné sazby ve výši 2,36 % z její maximální možné výše ve vztahu k plánovaným rozpočtovým příjmům zadavatele rozhodně není. Je také třeba zohlednit, že pokuta musí plnit obě funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Pokud by pokuta byla příliš nízká, své funkce by nemohla naplnit. Úřad v bodě 89 napadeného rozhodnutí správně vyhodnotil, že stanovená výše pokuty vzhledem k okolnostem případu dostatečně naplňuje obě funkce právní odpovědnosti.
49. S ohledem na výše uvedené tedy v této části uzavírám, že Úřad v napadeném rozhodnutí řádně vymezil znaky skutkové podstaty přestupku, posoudil všechny okolnosti případu a uložil pokutu přiměřenou těmto okolnostem za současné individualizace trestu.

K odchýlení se od podnětu

50. Zadavatel dále poukazuje na to, že se Úřad nevypořádal s tím, že podnět, na jehož základě řízení o přestupku vedl, poukazoval na údajné porušení § 48 odst. 2 písm. c) zákona, zatímco Úřad dospěl k závěru o porušení § 58 odst. 3 zákona. K tomu uvádím, že je právní kvalifikace provedená Úřadem správná; odkaz podnětu na § 48 odst. 2 písm. c) zákona není s ohledem na učiněná skutková zjištění příslušný, neboť podstata věci nespočívá v tom, že by údaje a doklady účastníkem předložené neodpovídaly skutečnosti (nadto dle uvedeného ustanovení zadavatel účastníka vyloučit *může*; naproti tomu dle § 58 odst. 3 zákona „vyloučí“, tedy musí).
51. Dodávám, že informace obsažené v podnětu posuzuje Úřad podle obsahu, nikoli formy, tedy jestliže je v podnětu popsáno určité pochybení zadavatele, ale je toto pochybení podřazeno pod chybnou právní kvalifikaci, je samozřejmé, že Úřad danou věc posoudí a případně právní kvalifikaci opraví. Rovněž také pokud Úřad v rámci šetření podnětu naleznе nějaká další pochybení zadavatele neuvedená v podnětu, může taková pochybení z moci úřední začít šetřit, jelikož informace uvedené v podnětu lze považovat za v zásadě orientační, Úřad je posuzuje při využití své odborné erudice v celkovém kontextu daného případu. Z příkazu, jímž bylo dané správní řízení z moci úřední zahájeno, je zcela zřejmé, jaké pochybení Úřad zadavateli vytýká. Na příkaz potom po podaném odporu navazuje i napadené rozhodnutí, které je s příkazem zcela souladné a rozhodně jej tedy nelze považovat za nepřezkoumatelné z toho důvodu, že právní kvalifikaci pochybení zadavatele uvedenou v podnětu Úřad korigoval. Úřad svůj postup v příkazu i napadeném rozhodnutí dostatečně, podrobně a přesvědčivě odůvodnil, o čemž svědčí i fakt, že s konkrétními závěry příkazu může polemizovat zadavatel v odporu a se závěry napadeného rozhodnutí potom v podaném rozkladu.
52. K „vázanosti“ Úřadu podnětem pro zahájení správního řízení z moci úřední podotýkám, že není natolik silná jako v případě zahájení správního řízení na návrh navrhovatele, kdy je Úřad obsahem návrhu v rámci návrhového řízení skutečně limitován. Nicméně zákonný podklad pro vedení správního řízení z moci úřední vyplývá přímo z právních předpisů, přičemž případné právní vady napadeného podnětu tuto skutečnost nemohou žádným způsobem relativizovat.
53. Jak vyplývá z rozhodnutí předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0183/2020/VZ č.j. ÚOHS-36256/2020/321/ZSř ze dne 1. 12. 2020, Úřad je v souladu s ústavními předpisy a zásadou legality v rozsahu svěřené pravomoci povinen vykonávat svou činnost *ex officio* vždy, když nastane skutečnost předvídaná zákonem, a to bez ohledu na způsob, jakým se o této skutečnosti dozví (srov. usnesení Ústavního soudu sp. zn. II. ÚS 586/02 ze dne 8. 10. 2002 a náleží Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 7/19 ze dne 30. 10. 2019, bod 47). V nyní řešené věci tak bylo správní řízení zahájeno na základě důvodné pochybnosti Úřadu o souladu postupu zadavatele se zákonem.
54. Úřad v návaznosti na v předchozím bodě citované rozhodnutí uzavírá, že správní řízení z moci úřední není v žádném ohledu vedeno k ochraně subjektivních práv podatele podnětu a podanému podnětu neodpovídá nárok podatele, aby bylo takové správní řízení zahájeno (srov. usnesení Ústavního soudu sp. zn. II. ÚS 586/02 ze dne 8. 10. 2002 a náleží Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 7/19 ze dne 30. 10. 2019, bod 35). V řízení z moci úřední jedná Úřad v rozsahu svěřené pravomoci vždy samostatně, na základě vlastních zjištění a existence důvodného podezření, že postup zadavatele odporuje zákonu, a to bez ohledu na způsob, jakým příslušné skutečnosti svědčící pro nezákonný postup zadavatele zjistí. Za daných

okolností je tak zcela nerozhodné, zda se Úřad o možném nezákonném postupu zadavatele dozvěděl na základě podnětu, neoprávněného návrhu, z vlastní činnosti či jiným vhodným způsobem.

K námitce porušení zásady ne bis in idem

55. K argumentaci zadavatele zákazem dvojího trestání s poukazem na to, že již byl „potrestán“ výzvou k vrácení části dotačních prostředků, uvádím, že tuto námitku, kterou neshledávám případnou, zadavatel vznesl již po podání odporu a Úřad se s ní dostatečně vypořádal v bodech 69 až 71 napadeného rozhodnutí, na které tímto odkazuji.
56. K odkazovanému dodávám, že ačkoli předpokladem uplatnění obou uvedených postupů, tedy správního trestání i krácení dotace, je totéž jednání zadavatele (porušení pravidel zadání veřejné zakázky), smysl a účel těchto institutů je odlišný. Především je pak třeba zdůraznit, že rozhodnutí poskytovatele dotace o jejím krácení či vrácení není správním trestáním, jakkoli takové rozhodnutí z povahy věci má (obdobně jako pokuta ukládaná za přestupek) negativní dopad do majetkové sféry zadavatele.

VI. Závěr

57. Ve smyslu § 98 odst. 1 zákona o přestupcích jsem tedy přezkoumal zákonnost napadeného rozhodnutí ve všech jeho výrocích a jeho věcnou správnost v plném rozsahu a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu. Po zvážení všech aspektů dané věci jsem dospěl k závěru, že Úřad při vydání napadeného rozhodnutí postupoval v souladu se zákonem, správním řádem a zákonem o přestupcích, nejsou tak naplněny předpoklady pro jeho zrušení nebo změnu.
58. Vzhledem k výše uvedenému jsem rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 ve spojení s § 152 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

doc. JUDr. PhDr. Petr Mlsna, Ph.D.
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

město Javorník, nám. Svobody 134, 790 70 Javorník

Vypraveno dne

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy